

## ACÇÃO DE IMPROBIDADE<sup>1</sup>

Guilherme Fernandes Neto<sup>(\*)</sup>

*Introdução. I — A acção de improbidade como acção civil pública. 1. Natureza jurídica. 2. A nova sistemática da acção civil pública. II — Legitimidade e competência — o subsistema jurídico da acção de improbidade. 1. Legitimação ativa "ad causam". 2. Competência em razão do local do fato. Epítome.*

### Introdução

Ingressou em nosso ordenamento jurídico, em 2 de junho de 1992, a Lei Federal n. 8.429, que dispõe sobre "as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato", entre outras providências, também denominada Lei de Improbidade ou Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que objetiva conceder à sociedade o instrumento jurídico necessário para o ressarcimento ao erário e a punição aos ordenadores de despesa, que agiram em afronta à lei ou aos princípios pertinentes à Administração Pública.

A lei em questão não é de cunho exclusivamente material, traz também dispositivos processuais específicos, elencando, inclusive, as penas pertinentes a determinados tipos por ela criados, na órbita do direito penal (art. 19), bem como sanções pertinentes à suspensão dos direitos políticos e perda da função pública, cumprindo assim a regulamentação exigida pelo art. 15, V e 37, § 4º, da Constituição Federal — CF.

Apesar da clareza da lei, cumpre, todavia, analisar questões ainda pendentes, com o objetivo de tentar desatar os nós górdios que se apresentam em função da indigência doutrinária a respeito da matéria.

---

(\*) Membro do Ministério Público do Distrito Federal. Mestre em Direito, pós-graduado em Direito, pós-graduado em Direito Empresarial pela Universidade Mackenzie, Professor de Direito Civil do curso de pós-graduação da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e de Direito Processual Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

I — A ação de improbidade como ação civil pública

I. Natureza jurídica

No recente Congresso Internacional de Responsabilidade Civil, realizado em Blumenau/SC, em novembro de 1995, sob os auspícios da Brasilcon — com o escopo de se analisar a primeira década de vigência da Lei de Ação Civil Pública (Lei Federal n. 7.347/85) — chegou o plenário, que era composto de magistrados, membros do Ministério Público e advogados, à conclusão de que a ação de improbidade trata-se na realidade de ação civil pública, a ela se aplicando, por consequência, os ditames da Lei Federal n. 7.347/85. Aprovou-se, assim, a proposta da Professora Thereza Alvim — deduzida no painel sobre os dez anos da Lei de Ação Civil Pública —, de que a demanda incoada em função da Lei n. 8.429/92 rege-se pela sistemática das ações coletivas, no que foi corroborada pelos demais integrantes da mesa, dentre os quais Pellegrini Grinover, entre outros.

Com efeito.

Independentemente da vetusta conceituação do emérito Frederico Marques, que entendia como pública toda a ação incoada por entidades públicas, forçoso é convir que o interesse defendido pela ação civil pública, via de regra, é de natureza transindividual, indivisível, de cunho eminentemente difuso, aliás, com a mesma natureza jurídica do direito defendido pela ação de improbidade, exsurgindo, então, outro critério para a caracterização da ação civil pública, partindo do respectivo objeto.

Os interesses e direitos protegidos pela LIA, através da respectiva ação de improbidade, extrapolam os de cunho meramente individual, açambarcando os direitos metaindividuais, porque os atos praticados em sua ofensa atingem o patrimônio público, ou possuem uma inequívoca potencialidade ofensiva capaz de gerar dano ao Erário.

É desnecessário, em quaisquer de suas penas, ademais, o dano efetivo ao patrimônio público. Este é o resultado de uma interpretação sistemática da lei, conjugando as penas dos incisos I, II e III do art. 12 da LIA, com o art. 21, que dispõe, explicitamente, que a sua aplicação independe da “efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público”. Os mencionados incisos do art. 12, quando se referem ao prejuízo do Erário, utilizam-se ainda das expressões “quando houver” (inciso I), “se concorrer esta circunstância” (II), e “se houver” (III), razão pela qual inexistente dúvida quanto à inexigibilidade de dano efetivo. Na tipificação do *caput*, do art. 10, conceitua a lei como ato de improbidade administrativa aquele que causa lesão ou “enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação”; ensejar, significa dar ensejo, tentar, ensaiar, esperar a oportunidade, o que ratifica a interpretação da desnecessidade do efetivo prejuízo.

A prova da materialidade do dano positivo, para a condenação nas penas da Lei de Improbidade, é desimportante.

A ação civil pública objetiva a responsabilização pelos danos morais e patrimoniais causados e a proteção a “qualquer interesse difuso”, nos termos do seu art. 1º, inciso V, com a redação fornecida pelo Código de Defesa do Consumidor — CDC (Lei Federal n. 8.078/90), o que, indiscutivelmente, abrangia a proteção ao patrimônio público.<sup>2</sup>

Assim, mesmo antes do advento da Lei de Improbidade, em virtude do ingresso do CDC, pode-se dizer, com tranqüilidade, que a ação civil pública passou a ser utilizada para a defesa de quaisquer interesses difusos, v.g., o patrimônio público. O ato do ordenador de despesas que enseja a perda do patrimônio público, o seu desvio ou malbaratamento, caracteriza-se como uma circunstância fática, tipificadora de ato potencialmente ofensivo a interesse difuso, que titula os legitimados pelo art. 82, I e II, do CDC, para o ingresso da ação de improbidade.

A transindividualidade e indivisibilidade do patrimônio público denota a natureza difusa do interesse, bastando para o surgimento do *direito* difuso, uma circunstância fática que alcance pessoas indeterminadas. Ou seja, as peculiaridades dos atos lesivos fazem nascer a subjetivação necessária para criar o liame entre os diversos interessados e seus respectivos legitimados.

O CDC ampliou o âmbito da lei de ação civil pública e trouxe importante diferenciação sobre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; estendeu, outrossim, a legitimação para a defesa de tais interesses. Sendo difuso o direito transindividual, de natureza indivisível, cujos titulares estão ligados por circunstâncias fáticas, verifica-se suficientemente amplo tal conceito para abrangar o interesse pela defesa do patrimônio público.

No que tange aos entes legitimados a prover tal demanda, como veremos a seguir, verifica-se que se trata basicamente de órgãos do Estado, o que, por si só, já poderia classificar a ação de improbidade como ação civil pública.<sup>3</sup>

Desta forma, indiscutível tratar-se a ação de improbidade — a saber a ação incoada com supedâneo da Lei n. 8.492/92 — de ação civil pública, quer se analise a natureza pública da entidade legitimada a promovê-la, quer se classifique a ação em virtude da natureza de seu respectivo objeto<sup>4</sup>, ou ainda, do provimento jurisdicional pleiteado. Por todos os prismas e especialmente pelo objeto da ação de improbidade — que se consubstancia em interesse difuso — forçoso é convir que temos na ação de improbidade, uma ação civil pública por excelência.

## 2. A nova sistemática da ação civil pública

A ação civil pública foi profundamente alterada com o ingresso do CDC e da Lei Antitruste. Entre as transformações sofridas destacam-se a citada ampliação da legitimidade ativa, bem como a ampliação do rol dos direitos suscetíveis de defesa mediante esta espécie de ação.

A redação original da Lei n. 7.347/85 elencava entre os danos ressarcíveis mediante ação civil pública, os perpetrados em desfavor ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O CDC alterou desde o preâmbulo, incluindo em seu objeto o ressarcimento por danos causados aos interesses difusos e coletivos, inserindo-os, ainda, através do inciso IV, ao art. 1º; a Lei Antitruste, Lei Federal n. 8.884/94, por sua vez, incluiu o inciso V, acrescentando os danos decorrentes de infração à ordem econômica.

Interessante, entretanto, é a integração entre a Lei n. 8.078/90 e a Lei n. 7.347/85, por força do art. 117 do CDC, que acrescentou à Lei de Ação Civil Pública, como art. 21, o seguinte dispositivo: "Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor".

A consequência foi a harmonização da lei de ação civil pública com os dispositivos pertinentes à defesa em juízo do consumidor, aplicando-se, *ipso facto*, à ação de improbidade, a classificação dos direitos contida no art. 81 do CDC (difuso, coletivo e individual homogêneo), a legitimação concorrente do art. 82 (que atribuiu legitimidade ao Ministério Público (I), à União, Estados, Municípios e ao Distrito Federal (II) etc.), a proibição do adiantamento de custas, emolumentos e honorários periciais e quaisquer outras despesas (III), salvo comprovada má-fé.

Aplicam-se, ainda, à ação de improbidade — em virtude do sistema harmônico do Título III do CDC e a lei de ação civil pública — entre outros dispositivos, as novas qualidades dos efeitos da sentença transitada em julgado, nos termos dos arts. 103 e seguintes do CDC, ou seja, a coisa julgada é *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por falta de provas.

Assim, se os pedidos da ação lastreada na Lei n. 8.429/92 forem julgados improcedentes por insuficiência do conjunto probatório, poderão os legitimados ingressar com nova ação, com idêntico fundamento, lastreando-se, todavia, em nova prova, não havendo que se falar em coisa julgada material, nesta hipótese.

## II — Legitimidade e competência — o subsistema jurídico da ação de improbidade

### 1. Legitimação ativa "*ad causam*"

Como dissemos atrás, a circunstância fática cria o liame que titula os entes legalmente legitimados, dentre os elencados no art. 82 do CDC. Todos os cidadãos têm interesse na defesa do patrimônio público (art. 5º, LXXIII, da CF), todavia, nem todos os entes elencados pelo citado art. 82 têm legitimidade para obter em juízo o ressarcimento do dano ao patrimônio público ou a mera repressão da corrupção, mediante ação civil pública de improbidade, *v.g.*, quando esta ocorreu em desfavor da cidade de Muzambinho, haja vista a concepção transitiva da legitimidade, ou seja, está o ente legitimado em face de seu oposto, em virtude de determinada situação jurídica concreta.

Assim, a danosidade coletiva pertinente a uma cidade no interior de um determinado Estado do País, não pode ser objeto de ação incoada por entidades que não mantenham alguma relação com a parcela da comunidade afetada. O Ministério Público das demais unidades da Federação, o Ministério Público Federal, e a União — entidades legitimadas pelo art. 82 do CDC —, não possuem legitimidade para defender em juízo o direito difuso pertinente a fato lesivo, ou potencialmente lesivo, cujos titulares sejam pessoas indeterminadas que exclusivamente residam em uma específica cidade de um determinado Estado, caso não afete direito sobre o qual tais entes estão obrigados a fiscalizar ou defender.

*A contrario sensu*, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Distrito Federal, a União e o Distrito Federal são co-legitimados para, v.g., postular na Justiça Comum do Distrito Federal a condenação, nas penas da lei de improbidade, de autoridade responsável pela prática de ato ímprobo no Distrito Federal<sup>5</sup>; nada importa se o responsável pelo ato possa ser considerado autoridade federal — nos termos da concepção de autoridade federal trazida pelo art. 109, VIII, da CF — para justificar o foro da Justiça Federal, haja vista que a tipologia do art. 109, também é taxativa. Não basta, ainda, que quem venha a promover a ação no âmbito da Justiça Federal, se limite a dizer que a União tem interesse, para deslocar a competência<sup>6</sup>. Deve haver interesse jurídico legítimo, concreto e inequívoco, devendo ser rechaçada a perolização insipiente desta espécie de interesse, que, todavia, ficará evidenciado se houver prejuízo efetivo ao patrimônio da União.

A circunstância fática que une os legitimados do art. 82 do CDC, afeta pessoas indeterminadas que residem no local do fato, não estando ainda o interesse restrito ao ressarcimento do dano positivo ao patrimônio. Independentemente do ato ímprobo praticado (v.g. afrontar a imposição legal de concurso público para o ingresso e exercício permanente em cargo público, alienar ou tentar alienar imóvel sem licitação ou subavaliado, tentar utilizar funcionários públicos para prática de serviços particulares ou em campanhas eleitorais etc.) os legitimados dos incisos I e II do art. 82 do CDC, e as pessoas jurídicas interessadas podem ingressar com ação de improbidade, na primeira instância da Justiça Federal ou na Justiça Ordinária — dependendo dos limites do pedido —, para obter a defesa de tais interesses difusos hipotéticos<sup>7</sup>. Caso ocorra dano positivo ao erário da União, deverá a demanda ser proposta na primeira instância da Justiça Federal.

Falou-se em tentativa, não com o desiderato de denotar que a LIA pune a conduta ímproba tentada, mas, esclarecer que se os atos executórios foram praticados contra os princípios cardiais da Administração Pública, já se consumou a improbidade. Ou seja, para os efeitos da LIA se alguém manipula um concurso público, com o desiderato de beneficiar ou prejudicar algum candidato, ou ainda subavaliou um imóvel para beneficiar um licitante, nada importa se não consumou e exauriu o seu intento; se durante o decorrer de sua empreitada tenha praticado atos que se amoldem à Lei de Improbidade, deve ser condenado.

Inexiste conflituosidade entre a legitimidade para a ação de improbidade, prevista no art. 17 da Lei n. 8.429/92 e o art. 82 do CDC. O art. 17 da LIA, apenas

especifica que a ação principal será “proposta pelo Ministério Público, ou pela *pessoa jurídica interessada*”, ou seja, existe harmonia parcial com a legitimação concorrente do art. 82 do diploma consumerista, excluindo, excepcionalmente, as entidades e os órgãos da Administração Pública *sem personalidade jurídica*. No que tange à expressão “*pessoa jurídica interessada*”, há que se entender que o legislador disse menos do que queria, devendo-se compreender como pessoa jurídica interessada aquela que possa pleitear em juízo um direito difuso. Tal exegese se obtém através de interpretação histórica, sistemática ou teleológica.

Na análise sistemática da Lei n. 8.429/92, verifica-se, no preâmbulo e em seu art. 1º (*caput*), que o diploma visa proteger a administração direta, indireta ou fundacional e de empresa incorporada ao patrimônio público ou que tenha sido criada ou custeada pelo Erário; ressalta-se tal compreensão especialmente em virtude de verificar-se que a citada lei criou um subsistema, dentro do sistema da ação civil pública, cujo resultado impõe a compatibilização entre a essência deste diploma e da Lei n. 7.347/85, cujo escopo é o de possibilitar o exercício do direito autônomo de ação, para a defesa dos direitos difusos, através de seus legitimados. A interpretação histórica confirma tal entendimento, mediante a análise da exposição de motivos do Ministro da Justiça, que encaminhou o anteprojeto da LIA, asseverando que o objetivo da lei é dispor sobre as sanções no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, emprego ou função pública e a repressão aos atos de corrupção\*, cuja conclusão denota evidente a teleologia da lei: a proteção ao patrimônio público.

O ajuizamento de ação de improbidade por pessoa jurídica de direito privado — que não foi criada ou custeada pelo Erário, ou ainda incorporada ao patrimônio público — encontraria o óbice intransponível da ilegitimidade, haja vista que a esta não foi atribuída a defesa dos direitos difusos, como previstos nos arts. 82 do CDC e 5º da Lei n. 7.347/85, que incluem como entes legítimos para propor ações civis públicas, além do Ministério Público, as autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista etc., as quais, por consequência, podem também ajuizar ação de improbidade em desfavor de seus ex-diretores ou ex-conselheiros.

Utiliza-se, sobre este aspecto, em razão do conflito aparente de normas, o princípio da especialidade, razão pela qual prevalece o art. 17 da LIA, em caso de improbidade administrativa, excluindo-se, conseqüentemente, como autoras de ação civil pública de improbidade, as pessoas jurídicas desinteressadas e as entidades que não possuem personalidade jurídica.

Isto posto, apesar da ação de improbidade tratar-se de ação civil pública, não possuem as entidades sem personalidade jurídica (Procon, DPDC — Departamento de Defesa dos Direitos do Consumidor, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça etc.) legitimidade ativa para propor a ação principal em desfavor dos agentes públicos ímprobos, a qual cabe às “pessoas jurídicas interessadas”, por força da LIA, e a quaisquer ramos do Ministério Público, por força do

art. 129, III, da Constituição Federal, art. 81 do CDC, art. 5º da Lei n. 7.347/85 e art. 17 da Lei de Improbidade. Inexiste empecilho, todavia, para que as entidades despersonalizadas, ou qualquer pessoa, representem ao Ministério Público, pleiteando a instauração de investigação para apurar ato de improbidade.

## 2. Competência em razão do local do fato

A competência para o julgamento das ações de improbidade, em virtude da aplicação das Leis ns. 7.347/85 e 8.078/90, deverá seguir o disposto no art. 93 do CDC. Cabe esboçar, entretanto, uma dúvida que pode perturbar os mais acaudados. Tanto nas hipóteses mencionadas, onde exemplificativamente o réu seria autoridade federal, como em qualquer outra ação de improbidade contra qualquer agente público, não há que se falar em prerrogativa de foro em razão da função ou foro privilegiado.

Deve-se efetuar raciocínio semelhante ao utilizado para julgar as ações populares, as quais, nada obstante poderem ser ajuizadas contra Ministros de Estado, devem ser julgadas na primeira instância, e não no Supremo Tribunal Federal; neste sentido foi a decisão prolatada na Ação Popular n. 640-2, pelo STF, extraindo-se do escoreito despacho do Ministro Celso de Mello: “O Pleno do Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, neste tema, de modo bastante expressivo sobre a sua própria incompetência, *que é de ordem absoluta* (RTJ 121/17, Rel. Min. Moreira Alves): (...) — A competência para processar e julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, inclusive daquelas que, em mandado de segurança, estão sob a jurisdição desta Corte originariamente, é do Juízo competente de primeiro grau de jurisdição” (grifamos)<sup>9</sup>. Com efeito.

Inexiste regra específica criando foro especial para o julgamento das ações populares, e nem das ações civis públicas, *ipso facto*, persiste a regra geral para ações de improbidade que, no caso, trata-se do art. 93 do CDC, pois, por se incluir dentro do Título III da Lei n. 8.078/90, aplica-se a todas as ações civis públicas, por força do citado art. 21 da Lei n. 7.347/85, com a redação fornecida pelo CDC. A exceção são os atos de improbidade praticados pelo Presidente da República, nos moldes do art. 85, V, da CF, que definiu expressamente como crime de responsabilidade do chefe do Poder Executivo, aqueles que atentam contra a probidade na Administração, razão pela qual, considerando a Carta Magna a improbidade administrativa do Presidente da República como crime de responsabilidade, deve ele ser julgado pelo Senado Federal, em havendo infração à Lei n. 8.429/92, nos termos do art. 52, I, c.c. 85, V, da CF<sup>10</sup>.

Inexistindo tipificação da improbidade como crime de responsabilidade — como previsto no art. 85, V, da CF — para os outros agentes públicos, que não o mandatário supremo da Nação, somente esta exceção se faz presente no ordenamento jurídico como foro especial plausível para a ação de improbidade, a saber, o Senado Federal. A tipificação excepcional e constitucional da improbidade adminis-

trativa, como crime de responsabilidade do Presidente da República, já estava prevista com redação quase que idêntica, na Constituição de 1891 (art. 54)<sup>11</sup>, não sendo, assim, novidade a tipificação do ato que atenta a probidade, como crime de responsabilidade do chefe do Poder Executivo da União. Fora deste caso, a improbidade administrativa não impõe foro especial e não importa, *a priori*, em responsabilidade criminal, sendo diferentes as órbitas de responsabilização, bem como a análise de seus elementos, havendo assim clara distinção entre as sanções previstas na LIA dos tipos penais criados pela Lei Bilac Pinto (Lei Federal n. 3.502/92), sua antecessora legislativa, a qual criminalizava as respectivas condutas<sup>12</sup>.

A responsabilidade por improbidade da Lei n. 8.429/92 não exige dolo (salvo a hipótese do *caput*, do art. 10); basta a conduta ímproba e prescindir de dano, e este poderá delimitar o foro competente. A responsabilização imposta em caso de improbidade administrativa é mais ampla que a responsabilidade civil subjetiva tradicional, em caso de ilícito civil (que exige obrigatoriamente o dano como um de seus elementos) e, por óbvio, bem mais ampla do que a responsabilização pelo ilícito criminal (que exige fato típico — cuja conduta em regra é dolosa —, antijurídico e a presença dos elementos da culpabilidade para imposição da pena). Ao punir os atos que *ensejam* a improbidade, pune-se, na realidade, o desvio do administrador de seu rumo à moralidade e aos demais princípios cardeais da Administração Pública (legalidade, finalidade etc.), sancionando um ato potencialmente lesivo. Criou, assim, a Lei n. 8.429/92, um subsistema jurídico próprio, que, apesar de impor o julgamento, em caso de sua ofensa, ao juízo cível, afastou-se do tradicional conceito de ilícito, caracterizado subjetivamente pela culpa — conceituado o ato ilícito como aquele que ofende a lei e causa prejuízo como fundamento da responsabilidade. Assim, inexistente para a condenação nas sanções de improbidade, a exigência do elemento objetivo do ilícito, a saber, o dano<sup>13</sup>.

O subsistema jurídico criado pela LIA impõe, exclusivamente, como elemento da responsabilidade por improbidade, a mera conduta, ou seja, a prática de um ato ímprobo<sup>14</sup>, lesivo ou potencialmente lesivo, que exponha a sociedade a um risco causado por uma administração temerária, prescindindo, assim, do dano — como na concepção individualista do diploma civil —, porque não se objetiva compensar um ato que lesara um indivíduo específico mediante ressarcimento (o que por óbvio necessita da existência do dano), mas ressarcir a sociedade da conduta ímproba.

Para que se verifique a improbidade, impõe-se existir a conduta desviada de sua finalidade. O resultado, prejuízo ou dano é desimportante<sup>15</sup>.

Em havendo dano — ou potencialidade de dano — de âmbito local, o foro da ação de improbidade será o do lugar onde este ocorreu ou deva ocorrer (art. 93, I, do CDC); caso a improbidade cause ou possa causar danos de âmbitos regionais, o foro será da capital do Estado.

Assim, os atos de improbidade que causem dano ou possam causar dano em âmbito nacional, e estejam fora da competência da Justiça Federal, deverão obri-



gatoriamente ser julgados pela Justiça Ordinária do Distrito Federal. Isto posto, eventuais atos de improbidade causados pelas sociedades de economia mista, tais como Banco do Brasil, Eletronorte etc.,<sup>16</sup> que sejam de âmbito nacional, deverão ser julgados por uma das varas cíveis da circunscrição especial judiciária de Brasília, nos termos do Título III do CDC.

Isto posto, inexistindo regra especial quanto ao foro da ação de improbidade — com a exceção retromencionada —, forçoso é convir que a competência para julgar a ação de improbidade, em razão de ato praticado em desfavor da União, empresa pública federal ou entidade autárquica federal, é da primeira instância da Justiça Federal, do local do fato (art. 93 do CDC, c.c. art. 100, V, do CPC)<sup>17</sup>; os atos de improbidade perpetrados em desfavor das sociedades de economia mista, autarquias estaduais ou praticados por prefeitos, deputados, presidentes de Assembléias Legislativas etc., em desfavor das Unidades da Federação ou fundações e empresas públicas por elas mantidas, deverão ser julgados pela Justiça Ordinária, na primeira instância, independentemente da autoridade que perpetrara a improbidade (Governador, Membro do Tribunal de Contas etc.), haja vista a inexistência de foro especial disciplinado em lei.

Não há que se falar em interpretação analógica para a invocação de foro especial, aplicando o foro que o acusado teria direito em processo criminal, haja vista que a Constituição Federal trata deste tipo de matéria em tipologia taxativa (v.g. art. 102, I, letras *b* e *c*, da CF, que dispõe sobre o foro especial, em caso de crimes comuns e de responsabilidade, do Presidente da República, membros do Congresso Nacional, Procurador-Geral da República etc.)<sup>18</sup>.

Conduta diversa, impondo o julgamento de ação de improbidade por instância superior como se de crime estivéssemos tratando, imporá supressão de instância e nulidade absoluta do decisório, que poderá ser declarada a qualquer momento, instância ou tribunal<sup>19</sup>. Ocorreria afronta ao princípio do juiz natural, que poderia implicar até mesmo na utilização de ação autônoma de impugnação, como o mandado de segurança, para defender a indeclinabilidade do foro. Em termos de ação de improbidade, não há que se falar em foro especial *ratione personae*.

### *Epítome*

A Lei de Improbidade Administrativa trata-se de uma norma de fundamental importância para a sociedade, tendo ampliado a proteção ao patrimônio público, mediante o alargamento da função da ação civil pública, positivando as sanções contra aqueles que afrontam os princípios basilares da Administração Pública. Trata-se de lei compatível com o princípio de verticalização das normas, não havendo que se discutir sobre teórica sobreposição de sanções às previstas na norma penal, haja vista que pune o administrador ímprobo sob o enfoque dos princípios do direito administrativo, com reflexos exclusivamente no âmbito civil e político-administrativo (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa etc.).

A ação incoada com lastro na Lei n. 8.429/92 — quer sob a ótica da natureza pública do legitimado ativo, quer sob o enfoque da natureza de seu objeto — trata-se de ação civil pública, regulando-se, *ipso facto*, pelos ditames da Lei n. 7.347/85, combinada com o Título III do CDC.

Inexiste foro especial positivado em nosso ordenamento jurídico para o julgamento desta espécie de ação, razão pela qual aplica-se a ela a concepção pretoriana pertinente à competência para o julgamento da ação popular, devendo assim ser ajuizada na primeira instância, da Justiça Federal ou da Justiça Ordinária, por se tratar, ademais, espécie do gênero ação civil pública. Caso se trate de dano de âmbito regional, dever-se-á optar pela capital da respectiva unidade da Federação; em sendo o dano de âmbito nacional, ressaltada a competência da Justiça Federal, dever-se-á ajuizar na capital federal, haja vista tratar-se de ação civil pública, razão pela qual a qualidade dos efeitos da sentença transitada em julgado será *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

A gravidade da culpa, a intensidade do dolo ou o grau de reprovação da conduta, os antecedentes do réu, a motivação, as circunstâncias e as conseqüências da improbidade deverão estabelecer para o juiz da vara cível as balizas da condenação, apenando, como se juiz criminal fosse, levando em consideração os atos efetivamente praticados, o que, ademais, é compatível com o disposto no parágrafo único do art. 12 da LIA. Nada importa se o agente não conseguiu atingir o fim colimado, perpetrando somente alguns dos atos executórios necessários à consumação de seu fim ou ainda não ocorreu dano positivo ao Erário, haja vista que o principal critério para a apuração da improbidade é o desvio da finalidade. O que merecerá julgamento serão os atos efetivamente praticados. A culpa, dolo, consumação, exaurimento ou prejuízo devem ser considerados pelo julgador somente para a dosimetria da pena.

### *Bibliografia*

Alvim, Thereza Arruda, Eduardo Arruda e James Marins. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, 2ª ed. revista e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

Armelin, Donaldo. *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo, 1979.

Barbosa Moreira, José Carlos *et alli*. *A Proteção Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos*, 1ª ed., Max Limonad, 1984.

Canaris, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.

Corrêa Filho, Hêlio Telho. *Controle do Poder Judiciário e o Ministério Público*, tese apresentada no 4º Encontro dos Ministérios Públicos do Centro Oeste — Livro de teses II, p. 22, Brasília, abril de 1996.

*Fernandes Neto*, Guilherme. “Cláusulas abusivas do SFH — um interesse coletivo”, in *RT*, ano 83, v. 702, pp. 14/25, São Paulo, abril de 1994.

*Ferreira Mendes*, Gilmar. “Questões fundamentais de técnica legislativa”, in *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, v. 37, pp. 41/68, Brasília, set./dez. 1991.

*Grinover*, Ada Pellegrini. “Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores (Lei n. 7.347/85)” in *Ajuris* n. 36, 1986.

*Maia*, Ricardo. “Improbidade administrativa e controle”, in *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, n. 7, pp. 5/26, Fortaleza, 1993.

*Matos Euzébio*, Sílvio Roberto. “Petição inicial — Ação de improbidade administrativa e de reparação de danos cumulada com pedidos liminares”, datada de 28/03/96, veiculada pela *Conamp* em 03/06/96, pp. 62/104.

*Milaré*, Edis *et alli*. “Ação civil pública. Lei n. 7.347/85 — reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

*Nery*, Nelson Júnior. “O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo”, in *Justitia*, publicada pela Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público, a. 54, v. 160, p. 248, out./dez. 1992;

——— “A ação civil pública”, in *Justitia*, publicada pela Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público, v. 120, pp. 79/88, 1983;

——— *et alli*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 1ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991;

——— e Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996.

*Ortiz*, Carlos Alberto. “Improbidade administrativa”, in *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*, n. 28, pp. 11/21, Tribunal Regional Eleitoral — Procuradoria Regional Eleitoral do Estado de São Paulo — Imprensa Oficial do Estado de São Paulo — *Imesp*, São Paulo.

*Pazzaglini Filho*, Marino, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior. *Improbidade Administrativa — Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público*, Atlas, São Paulo, 1996.

*Pontes de Miranda*, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, Forense, Rio de Janeiro, 1974.

*Pereira Cintra*, Luis Daniel e Marco Antonio Zanellato. “O Ministério Público e a defesa coletiva dos interesses do consumidor” in *Justitia*, publicada pela Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público, v. 160, p. 240, out./dez. 1992.

Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Editora Revista dos Tribunais, 5ª ed., São Paulo, 1989.

Notas:

- 1 — Utilizaremos, no decorrer do estudo, a expressão *ação de improbidade* com o escopo de designar a tanto a ação como a demanda fundada na Lei Federal n. 8.429/92, em virtude da aceitação ampla que esta adjetivação tem ganhado no meio forense, apesar de não sermos insensíveis à distinção entre *Klage* (demanda) e *Klagerecht* (ação).
- 2 — Neste sentido, aliás, julgou o Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência n. 12.982-6/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 18/04/95, v.u., publicado no DJ de 12/06/95, à p. 17.577; com o mesmo entendimento, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, in *Código de Processo Civil Comentado*, item 25, p. 1.406.
- 3 — Esta, ademais, é a conceituação de ação civil pública proposta por Frederico Marques (v. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 194).
- 4 — Sobre o *nomen iuris* “ação civil pública”, v. Rodolfo de Camarão Mancuso in *Ação Civil Pública*, p. 17.
- 5 — Em que pese à atuação ministerial não estar vinculada à tradicional distinção entre legitimação ordinária e extraordinária, mas de representação institucional do Ministério Público (sobre o tema v. Guilherme Fernandes Neto, in “Cláusulas abusivas do SPH — um interesse coletivo”, in RT v. 702, pp. 14/25), rompeu-se com a dicotomia clássica da legitimação e adentra-se na representação institucional do Ministério Público; existem limites à atuação dos diversos ramos do *Parquet*, em virtude das circunstâncias fáticas de cada caso, o que acaba por circunscrever a respectiva representação institucional.
- 6 — Neste sentido RT v. 508/258, RTJ, v. 58/705, 113/252, entre outros acórdãos.
- 7 — Esta é uma das falhas do sistema criado para o controle dos atos administrativos, praticados inclusive pelo Poder Judiciário. O Poder Judiciário, embora alguns se olvidem, já é controlado — em seus atos administrativos — através dos Tribunais de Contas, do Ministério Público, e, inclusive dos cidadãos, mediante ação popular. O equívoco legislativo reside em não prever foro diferenciado para o julgamento das ações populares e das ações civis públicas, impondo à primeira instância a árdua tarefa, eventual, de julgar as ações incoadas para atacar atos praticados por integrantes do mesmo Poder, de instância superior. Foi a razão de se ter proposto a criação de um novo instrumento jurídico, uma nova ação a ser julgada pela instância hierarquicamente superior ao do tribunal cujo ato se combate (cf. Hélio Telho Corrêa Filho, in *Controle do Poder Judiciário e o Ministério Público*, tese apresentada no 4º Encontro dos Ministérios Públicos do Centro Oeste, quando propôs a criação da *ação de controle*).
- 8 — Exposição de motivos n. EM/GM/SAA/0388, de 14 de agosto de 1991, in *Diário do Congresso Nacional*, Seção 1, 17/08/91, p. 14.124.
- 9 — Petição n. 640-2 — tendo como requerente Cláudio Gonçalves Jaguaribe e como requeridos as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal — cuja inicial fora indeferida liminarmente, em razão de incompetência absoluta. (DJ 03/11/92, p. 19.663). No mesmo sentido: Pet. n. 296-2, Rel. Min. Célio Borja, DJ 09/06/89; Pet. n. 431-1, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 10/08/90; Pet. n. 487-6, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20/06/91, dentre outros.
- 10 — O mesmo não ocorre com outras autoridades, haja vista que o art. 85 atribuiu exclusivamente ao Presidente da República, como crime de responsabilidade, ato que atente contra a probidade da Administração, não cabendo, neste caso, interpretação extensiva para aplicá-la a outros agentes públicos. Assim, a improbidade administrativa não implica em crime de responsabilidade para os demais agentes, cuja tipificação depende de se amoldar a conduta à Lei Federal n. 1.079, de 10/04/50 — que trata de crimes de responsabilidade perpetrados pelo Pre-

sidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e Procurador-Geral da República —, ao Decreto-Lei n. 201, de 27/02/67 — crimes dos Prefeitos Municipais —, ou, no caso de Governadores, Secretários e dirigentes de órgãos públicos do Distrito Federal, a Lei Federal n. 7.106, de 28/06/83. Inexiste, por exemplo, crime de responsabilidade tipificado para os Conselheiros dos Tribunais de Contas, para os Ministros do Superior Tribunal de Justiça ou demais autoridades olvidadas pelos diplomas referidos.

- 11 — O art. 54 assim soava: “São crimes de responsabilidade os actos do Presidente da República que atentarem contra: (...) 6º. A probidade da Administração; (...)”, cuja redação, aliás, era também muito semelhante com a dos Decretos ns. 510 e 914, de 22 de junho e 23 de outubro de 1880 (conferir in *Constituição Federal Brasileira*, comentários por João Barbalho U.C., p. 216).
- 12 — Conferir: Marino Pazzaglini Filho *et alli*, *Improbidade Administrativa*, p. 34.
- 13 — Sobre a desnecessidade do dano v. Ricardo Maia, “Improbidade administrativa e controle”, in *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, n. 7, p. 8, bem como Pazzaglini Filho, *op. cit.*
- 14 — Cumpre notar que a tipologia é exemplificativa, neste sentido, com razão Carlos Alberto Ortiz (v. *Improbidade Administrativa*, p. 15).
- 15 — Sem razão José Afonso da Silva ao lecionar que a improbidade administrativa é “uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário (...)” (in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 563).
- 16 — Entendimento compatível, ademais, com as Súmulas n. 42 do STJ e 517 do STF.
- 17 — Este também tem sido o escoreito posicionamento jurisprudencial, cujos melhores arestos assim soam: “Legitimidade de parte ativa — Ministério Público — Propositura de ação civil pública — Admissibilidade — Aplicação do art. 129, III, da Constituição da República — Preliminar rejeitada. Competência — Prefeito — Lesão ao patrimônio público — Responsabilidade civil — Competência do Tribunal de Justiça — Inadmissibilidade — Ações que julgam a responsabilidade por atos praticados por ele no exercício do cargo são de competência da primeira instância — Preliminar rejeitada” (Ap. Cível n. 201.861-1 — Pacaembu — Rel. Des. Lino Machado, 1º/03/94, v.u., 2ª C. Civ., TJSP), *apud* Sílvio Roberto Matos Euzébio, in “Ação de improbidade administrativa e de reparação de danos cumulada com pedidos liminares”, datada de 21/03/96, veiculada pela *Conamp*, p. 35.
- 18 — O art. 102, que trata da competência do STF, elenca de forma inequívoca em *numerus clausus* as hipóteses de sua competência, da mesma forma o art. 105, que, em idêntica tipologia taxativa, traz as hipóteses de competência do STJ, não se encontrando, nestes elencos, v.g., hipóteses que possam se amoldar à ação de improbidade (*in pari materia* e neste sentido v. AC. n. 11.951, Recurso n. 8.798, Rel. Min. Hugo Gueiros, Jurisprudência do TSE, v. 3, n. 3 (1992), julho/setembro, pp. 140/141, *apud* Sílvio Roberto Matos Euzébio, *op. cit.*).
- 19 — Aliás, das ações de improbidade que se tem conhecimento, especialmente as divulgadas pela Confederação Nacional do Ministério Público — *Conamp*, a saber as propostas pelos Drs. Antônio Cezar Leite de Carvalho, Sílvio Roberto Matos Euzébio, José Elias Pinho de Oliveira e Carlos Cezar Souza Soares, todos Membros do Ministério Público de Sergipe, foram ajuizadas contra os Prefeitos das cidades de Canhoba, Canindé do São Francisco, Comarca de Cedro de São João, Pacatuba e, ainda, em desfavor do Presidente da Câmara Municipal de Capela, todas propostas na primeira instância. De idêntica forma, as ações de improbidade promovidas pelas Promotorias de Defesa do Patrimônio Público e Meio Ambiente de Brasília, apesar de propostas contra pessoas que possuem privilégio de foro em caso de processo criminal, foram também ajuizadas na primeira instância da Justiça Ordinária do Distrito Federal.